

VU Research Portal

Case note: Rechtbank 's-Gravenhage (Janssen de Jong Groep B.V. en 2. Janssen de Jong Infra B.V. / de Staat er Nederlanden (zaak 337607, rolnr. KG ZA 09-616))

Geursen, W.W.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Geursen, W. W., (2009). *Case note: Rechtbank 's-Gravenhage (Janssen de Jong Groep B.V. en 2. Janssen de Jong Infra B.V. / de Staat er Nederlanden (zaak 337607, rolnr. KG ZA 09-616))*, Jun 26, 2009. (Actualiteiten Mededingingsrecht; Vol. 2009).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De voorzieningenrechter

Rechtbank 's-Gravenhage, 26 juni 2009, Janssen de Jong Groep B.V. e.a. vs de Staat (OM en NMa), zaak-nummer 337607 / KG ZA 09-616, LJN: BJ0047

met noot WG

8 EVRM; telefoontap; samenwerking met andere toezichthouders

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

gewezen in de zaak met zaak- / rolnummer: 337607 / KG ZA 09-616 van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Janssen de Jong Groep B.V.,
gevestigd te Son en Breugel,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Janssen de Jong Infra B.V.,
gevestigd te Roermond,
eiseressen,
advocaat mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te Den Haag,

aan welke zijde heeft verzocht zich te mogen voegen:
[X],

wonende te [woonplaats],

voegende partij,

advocaat: mr. R. van den Berg Jeths te Eindhoven,

tegen:

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Justitie, meer speciaal het College van Procureurs-generaal en de hoofdofficier van het Landelijk Parket en Ministerie van Economische Zaken, meer speciaal de Nederlandse Mededingingsautoriteit),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. E.J. Daalder te Den Haag.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Janssen de Jong Groep', 'Janssen de Jong Infra', dan wel eiseressen gezamenlijk als 'Janssen de Jong c.s.' (enkelvoud vrouwelijk), '[X]' en 'de Staat'.

1. Het procesverloop

1.1. Janssen de Jong c.s. heeft de Staat op 27 mei 2009 doen dagvaarden om op 12 juni 2009 te verschijnen ter terechtzitting van de voorzieningenrechter van deze rechtbank. De vorderingen van Janssen de Jong c.s. richten zich zowel tegen het College van Procureurs-generaal

(hierna: het College), het Openbaar Ministerie (hierna: het OM) als de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa).

1.2. [X] heeft verzocht zich te mogen voegen aan de zijde van Janssen de Jong c.s. Ter terechtzitting hebben Janssen de Jong c.s. en de Staat verklaard geen bezwaar te hebben tegen deze voeging. [X] is vervolgens toegelaten tot voeging aangezien hij aannemelijk heeft gemaakt dat hij voldoende belang had bij de vordering van Janssen de Jong c.s. Voorts is niet gebleken dat het verzoek tot voeging aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen in de weg staan.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 12 juni 2009 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. Janssen de Jong Groep exploiteert een bouwonderneming. Janssen de Jong Infra is een dochteronderneming van Janssen de Jong Groep.

2.2. [X] is van 1 januari 2005 tot 6 maart 2009 in dienst geweest van Janssen de Jong Infra in de functie van statutair directeur.

2.3. Eind augustus 2007 is de Rijksrecherche een onderzoek gestart naar mogelijke ambtelijke corruptie en omkoping van ambtenaren bij aanbestedingen.

2.4. Het OM heeft medio 2008 gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid ex artikelen 126m en 126n van het Wetboek van Strafvordering (Sv). Met machtiging van de rechter-commissaris zijn tot en met 27 januari 2009 bij verschillende werknemers van Janssen de Jong Infra, waaronder [X], telefoongesprekken afgetapt. Van deze telefoontaps zijn transcripties en/of samenvattingen gemaakt.

2.5. Vervolgens heeft het OM in 2008 contact opgenomen met de NMa omdat bij het OM uit de afgenomen telefoontaps het vermoeden is gerezen van het bestaan van prijsafspraken tussen bouwbedrijven onderling.

2.6. Het OM heeft telefoontaps aan de NMa ter beschikking gesteld. De NMa gebruikt deze telefoontaps in het bestuursrechtelijke onderzoek naar eventuele inbreuken op artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet (Mw) door onder meer Janssen de Jong c.s. Bij brief van 16 december 2008 heeft het OM de NMa formeel toestemming gegeven voor het gebruik van de inhoud van kopieën van circa dertig tapverslagen.

2.7. Op 27 januari 2009 heeft de Rijksrecherche, onder leiding van het OM, onderzoeken verricht bij een aantal ambtenaren, medewerkers van Janssen de Jong Infra en in de kantoren van Janssen de Jong Infra te Meerssen, Horst, Breda en Valkenswaard.

2.8. Op dezelfde dag heeft de NMa met toepassing van artikel 5:15 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bedrijfsbezoeken gebracht aan een aantal bouwondernemingen in Limburg, ten aanzien waarvan de verdenking bestond dat zij samen met Janssen de Jong c.s. verboden prijsafspraken hadden gemaakt. Vervolgens

Rechtspraak

heeft de NMa, in overleg met de Rijksrecherche, een bedrijfsbezoek afgelegd bij het kantoor van Janssen de Jong Infra te Meerssen.

2.9. Bij brief van 26 februari 2009 heeft Janssen de Jong c.s. aan het College verzocht te bevestigen dat het OM de grenzen van artikel 39f lid 1 Wet justitiële strafvorderlijke gegevens (Wjsg) heeft gerespecteerd en dat het College geen enkele informatie aan de NMa heeft verstrekt die de NMa niet ook zelf had kunnen verkrijgen van Janssen de Jong c.s. Voorts heeft zij verzocht te bevestigen dat het OM geen strafvorderlijk verkregen informatie zal verstrekken aan de NMa, die de NMa niet ook zelf had kunnen of kan verkrijgen van Janssen de Jong c.s.

2.10. Bij brief van 28 mei 2009 heeft het Landelijk Parket / Eenheid Zuid-Holland Janssen de Jong c.s. bericht dat strafvorderlijk verkregen informatie ter beschikking is gesteld aan de NMa betreffende informatie die de NMa met gebruikmaking van haar eigen bevoegdheden had kunnen verkrijgen als ook informatie die daarbuiten valt.

3. De vorderingen, de gronden daarvoor en het weer

3.1. Janssen de Jong c.s. en [X] vorderen, zakelijk weer-gegeven:

I. de Staat (de NMa) te gebieden:

primair:

de telefoontaps aan het OM te retourneren en daarvan op geen enkele wijze gebruik te (blijven) maken;

subsidiair:

de telefoontaps aan het OM te retourneren totdat in een bodemprocedure onherroepelijk over de toelaatbaarheid van de verstrekking geoordeeld zal zijn;

II. de Staat (het College en het OM) te verbieden:

primair:

de telefoontaps aan de NMa te verstrekken en/of anderszins de NMa te informeren over de inhoud daarvan;

subsidiair:

de telefoontaps aan de NMa te verstrekken en of anderszins de NMa te informeren over de inhoud daarvan, totdat in een bodemprocedure onherroepelijk over de toelaatbaarheid van de verstrekking geoordeeld zal zijn.

3.2. Daartoe voert Janssen de Jong c.s., daarin gesteund door [X], het volgende aan.

De Staat handelt onrechtmatig en in strijd met het recht jegens Janssen de Jong c.s. en [X] door de informatie welke met toepassing van artikel 126m Sv door het College en het OM is verkregen, te weten de telefoontaps, aan de NMa te verstrekken. De Staat (het College en het OM) is hierdoor buiten zijn taakstelling getreden. De NMa is dan ook niet gerechtigd om gebruik te (blijven) maken van de verkregen telefoontaps.

De door de telefoontaps verkregen informatie die ziet op strafbare feiten mag het OM gebruiken voor strafvervolg- ing. Dergelijke informatie wordt als zodanig toegevoegd aan het strafdossier dat ten grondslag ligt aan het strafrechtelijk onderzoek en de strafvorderlijke procedure tegen (een) verdachte(n). Deze informatie kan binnen de grenzen van de Wjsg en artikel 8 van het EVRM aan derden worden verstrekt. Ten aanzien van de verkregen

informatie overeenkomstig de opsporingsmethoden (de telefoontaps) als bedoeld in artikel 126m Sv die geen strafrechtelijke relevantie heeft (hierna: bijvangst), is de Wjsg niet van toepassing. De bijvangst wordt immers niet aan het strafdossier toegevoegd. De bijvangst kan dan ook niet worden gekwalificeerd als informatie in de zin van artikel 1 sub b Wjsg nu het wel informatie betreft die in het kader van een strafvorderlijk onderzoek is verkregen, doch geen informatie is die het OM in een strafdossier of langs geautomatiseerde weg (heeft) verwerkt. De bijvangst die strafrechtelijke relevantie ontbeert, wordt niet in die zin verwerkt. De in artikel 1 sub b Wjsg neergelegde voorwaarde dat die informatie door het OM in een strafdossier of langs geautomatiseerde weg wordt verwerkt, heeft een voor de rechtsbescherming relevant doel, namelijk de mogelijkheid voor een belanghebbende om de rechtmatigheid van de verwerking van zijn gegevens te toetsen. De bijvangst kan dan ook niet aan derden worden verstrekt nu daarvoor een wettelijke grondslag in de Wjsg ontbreekt en een dergelijke ver- strekking ook in strijd is met artikel 126m Sv, artikel 8 EVRM en het verbod op détournement de procédure. De Wjsg geldt als een lex specialis ten opzichte van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Voor zover op de overdracht van telefoontaps het algemene regime van de Wbp van toepassing is, is niet aan de vereisten van die wet voldaan.

Indien geoordeeld wordt dat de betreffende telefoontaps wel binnen het toepassingsbereik van de Wjsg vallen, wordt niet voldaan aan de door deze wet gestelde voor- waarden voor overdracht van de telefoontaps aan de NMa. Het belang van de NMa bij handhaving van artikel 6 lid 1 Mw is namelijk geen zwaarwegend algemeen belang in de zin van artikel 39f Wjsg. Laatstgenoemd artikel dient restrictief te worden uitgelegd. Bij de bepa- ling van het begrip 'zwaarwegend algemeen belang' moet volgens de parlementaire geschiedenis aansluiting worden gezocht bij artikel 8 lid 2 EVRM. Er dient zeer terughoudend met verstrekking te worden omgegaan als strafvorderlijke gegevens gebruikt zullen worden voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden, zoals de handhaving van de openbare orde. Indien een bepaalde regel naar nationaal recht niet van openbare orde is, kan deze al helemaal niet als zwaarwegend algemeen belang worden gekwalificeerd. De Hoge Raad heeft in een recent arrest (HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54) geoordeeld dat artikel 6 lid 1 Mw niet van openbare orde is. Daarnaast is in de parlementaire stukken de verstrekking van strafvorderlijke gegevens door het OM aan de NMa niet in aanmerking genomen zodat dit ook niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Ook het enkele feit dat aan de NMa geen telefoontapbevoegdheid is toegekend, is reden om aan te nemen dat handhaving van artikel 6 lid 1 Mw niet als zwaarwegend algemeen belang moet worden gekwalificeerd.

Indien geoordeeld wordt dat de Staat (het College en het OM) op grond van artikel 39f Wjsg aan de NMa strafvor- derlijk verkregen informatie mocht verstrekken, dan is de Wjsg in strijd met artikel 8 EVRM. De toepassing van de Wjsg maakt een ontoelaatbare inbreuk op het recht

van privacy, met name voor wat betreft de invulling van het begrip zwaarwegend algemeen belang. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over inbreuken op artikel 8 EVRM in verband met telefoontaps is gebleken dat moet worden voldaan aan de vereisten legitiem, noodzakelijk en voorzienbaar. Aan deze voorwaarden is in het onderhavige geval niet voldaan.

3.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Nu Janssen de Jong c.s. aan haar vorderingen ten grondslag heeft gelegd dat de Staat jegens haar onrechtmatig handelt, is de burgerlijke rechter - in dit geval de voorzieningenrechter in kort geding - bevoegd tot kennisneming van de vorderingen. Janssen de Jong c.s. is in haar vorderingen ook ontvankelijk, nu voor hetgeen zij daarmee wil bereiken geen andere mogelijkheden - in het bijzonder ook geen bestuursrechtelijke rechtsgang - ten dienste staan. De Staat heeft dit ook niet bestreden.

4.2. Vooropgesteld wordt dat tussen partijen niet in geschil is dat het OM gebruik heeft gemaakt van zijn opsporingsbevoegdheid ingevolge artikel 126m en 126n Sv en dat als gevolg hiervan onder meer telefoongesprekken van verschillende werknemers van Janssen de Jong Infra zijn getapt. Kern van het geschil betreft de vraag of de Staat (het College en het OM) de telefoontaps rechtmatig aan de NMa heeft verstrekt. Voor de beantwoording van deze vraag dient allereerst te worden beoordeeld of ten aanzien van de strafvorderlijk verkregen telefoontaps de Wjsg van toepassing is.

4.3. Janssen de Jong c.s. heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen strafvorderlijk verkregen informatie die strafvorderlijke relevantie heeft en de bijvangst welke betrekking heeft op eventuele prijsafspraken. Ten aanzien van de bijvangst heeft Janssen de Jong c.s. gesteld dat deze, in tegenstelling tot strafvorderlijk verkregen gegevens met strafvorderlijke relevantie, niet in het strafdossier wordt gevoegd. De betreffende bijvangst heeft volgens Janssen de Jong c.s. dan ook geen betrekking op strafvorderlijke gegevens in de zin van artikel 1 onder b Wjsg nu het namelijk wel gegevens zijn die zijn verkregen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek, maar die het OM niet in een strafdossier of langs geautomatiseerde weg verwerkt.

4.4. Aldus dient de vraag te worden beantwoord of de delen van de telefoontaps welke betrekking hebben op eventuele prijsafspraken onderdeel uitmaken van het strafdossier. Naar voorlopig oordeel dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord nu de tapverslagen in hun geheel tot het strafdossier behoren. In de Memorie van Toelichting behorende bij de wijziging van de Wet justitiële gegevens in verband met het verwerken van strafvorderlijke gegevens en wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet tarieven in strafzaken in verband met het verstrekken van een afschrift van een vonnis of een arrest aan de verdachte en zijn raadsman

of een derde (hierna: Memorie van Toelichting) staat vermeld dat het begrip 'processtukken' in de praktijk ruim wordt opgevat en dat in het strafdossier kort samengevat alle stukken worden gevoegd die redelijkerwijs van belang kunnen zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv (*Kamerstukken II 2002-2003*, 28 886, nr. 3, p. 3 en 4). Niet valt uit te sluiten dat de tapverslagen in hun geheel in enigerlei stadium van het strafproces relevantie hebben voor de beantwoording van de vragen van 348 en 350 Sv. Ook delen van de tapverslagen welke betrekking hebben op mogelijke prijsafspraken kunnen zozeer verweven zijn met delen van de tapverslagen waarop het strafrechterlijk onderzoek betrekking heeft, dat aangenomen moet worden dat de tapverslagen tot het strafdossier behoren.

4.5. Uit het voorgaande volgt dat tapverslagen, daaronder ook begrepen de delen welke betrekking hebben op mogelijke prijsafspraken, tot het strafdossier behoren en als strafvorderlijke gegevens dienen te worden aangemerkt in de zin van artikel 1 onder b Wjsg. Hieruit volgt dat de verstrekking van strafvorderlijke informatie door het OM aan de NMa onder het toepassingsbereik van de Wjsg valt.

4.6. De voorzieningenrechter komt vervolgens toe aan de vraag of het OM heeft voldaan aan de in de Wjsg gestelde voorwaarden voor het verstrekken van de telefoontaps aan de NMa. Artikel 39f Wjsg geeft een wettelijke grondslag voor verstrekking van strafvorderlijke gegevens door het College aan derden voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden. Ingevolge artikel 39f lid 1 Wjsg is verstrekking aan een derde alleen gerechtvaardigd als zij noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend belang. Aldus dient in het onderhavige geval te worden beoordeeld of handhaving van artikel 6 lid 1 Mw door de NMa een zwaarwegend belang is in de zin van artikel 39f lid 1 Wjsg.

4.7. Janssen de Jong c.s. heeft in dit kader betoogd dat het belang van de NMa bij de bestuursrechtelijke handhaving van het nationale mededingingsrecht niet kan worden gekwalificeerd als een zwaarwegend algemeen belang in de zin van artikel 39f lid 1 Wjsg. Zij verwijst voor deze stelling naar de wetsgeschiedenis. Janssen de Jong c.s. wordt niet gevolgd in haar standpunt dat alleen al vanwege het feit dat artikel 6 lid 1 Mw geen recht van openbare orde bevat, geen sprake is van een zwaarwegend algemeen belang in de zin van artikel 39f Wjsg. In de Memorie van Toelichting staat immers vermeld dat gelet op artikel 8 lid 2 EVRM onder het begrip 'zwaarwegend algemeen belang' dient te worden verstaan het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (*Kamerstukken II 2002-2003*, 28 886, nr. 3, p. 5). Nu de NMa onder meer belast is met de uitvoering van de Mededingingswet en in het bijzonder met het toezicht op en het onderzoek naar kartelvorming, verboden prijsafspraken en andere vormen van vooroverleg bij aanbestedingen, is de voorzieningenrechter voorshands

Rechtspraak

van oordeel dat gelet op de aard van het bepaalde in artikel 6 lid 1 Mw (verbod van mededingingsafspraken) sprake is van een zwaarwegend algemeen belang nu het belang van het economisch welzijn in Nederland in het geding kan zijn. De tekst van artikel 39f lid 1 Wjsg noch de wetsgeschiedenis geeft steun aan de uitleg van Janssen de Jong c.s. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de Staat (het College en het OM) op grond van artikel 39f lid 1 Wjsg rechtmatig de telefoontaps aan de NMa heeft verstrekt.

4.8. Vervolgens heeft Janssen de Jong c.s. betoogd dat verstrekking van de telefoontaps aan de NMa door middel van toepassing van de Wjsg in strijd is met het bepaalde in artikel 8 EVRM. Op grond van het eerste lid van dit artikel heeft iedere persoon recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven. Het af luisteren van gesprekken vormt een inmenging in het recht van privacy. Een inbreuk op dit recht is ingevolge artikel 8 lid 2 EVRM slechts toegestaan voor zover dat bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van onder meer het economisch welzijn van het land.

4.9. Vaststaat dat verstrekking van strafvorderlijk verkregen informatie door het College en het OM aan een derde formeel bij wet is neergelegd in de Wjsg. Naar voorlopig oordeel is voorshands voldoende vast komen te staan dat, gelet op het onder 4.7 overwogene, het verstrekken van de telefoontaps aan de NMa, met het oog op nader onderzoek door de NMa en met het oog op handhaving van artikel 6 lid 1 Mw, in het belang van het economisch welzijn van Nederland noodzakelijk is. Geoordeeld wordt dat dit belang zwaarder weegt dan het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van Janssen de Jong c.s. en [X]. Weliswaar heeft Janssen de Jong c.s. weersproken dat de inbreuk op haar belang door het verstrekken van de telefoontaps aan de NMa evenredig is met het belang van het economisch welzijn van Nederland, doch zij heeft het tegendeel onvoldoende gemotiveerd aannemelijk gemaakt. Ook is niet voldoende aannemelijk geworden dat de informatie betreffende de eventuele prijsafspraken tussen bouwbedrijven onderling in redelijkheid niet op een andere, minder nadelige wijze, kon worden verkregen nu dergelijke afspraken in de regel niet op schrift worden gesteld. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de overdracht van de telefoontaps door het College en het OM op grond van artikel 39f lid 1 Wjsg niet onverenigbaar is met artikel 8 EVRM.

4.10. De conclusie van het voorgaande is dat binnen het beperkte kader van dit kort geding niet met de hier vereiste mate van aannemelijkheid kan worden geconcludeerd dat door het verstrekken van de telefoontaps door het College en het OM aan de NMa sprake is van onrechtmatig handelen ten opzichte van Janssen de Jong c.s. en [X]. Evenmin is de door Janssen de Jong c.s. aangevoerde strijdigheid met artikel 8 EVRM voldoende aannemelijk geworden. Dit leidt tot de slotsom dat de vorderingen dienen te worden afgewezen.

4.11. Janssen de Jong c.s. en [X] zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het gevorderde af;
- veroordeelt Janssen de Jong c.s. en [X] hoofdelijk in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.078,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 262,-- aan griffierecht;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J. Paris en in het openbaar uitgesproken op 26 juni 2009.

Commentaar

In deze zaak is sprake van twee inbreuken op het privéleven van Janssen de Jong en haar werknemers (ook rechtspersonen kunnen daar onder bepaalde voorwaarden aanspraak op maken).¹ Allereerst vormt het plaatsen van de telefoontaps een inbreuk op het privéleven.² Ten tweede vormt het registreren en verstrekken van d(i)e gegevens ook een inbreuk op het privéleven.³ Het ging Janssen de Jong om die tweede inbreuk, getuige ook haar argument dat zij "[d]e Wjsg als een *lex specialis* ten opzichte van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) [aanmerkt]. Voor zover op de overdracht van telefoontaps het algemene regime van de Wbp van toepassing is, is niet aan de vereisten van die wet voldaan." Ook de voorzieningenrechter maakt het onderscheid tussen de twee inbreuken in r.ov. 4.2. De Haagse voorzieningenrechter achtte overigens slechts de Wjsg van toepassing en refereerde verder niet aan de Wbp. Dat de rechter-commissaris het OM toestemming heeft verleend om telefoontaps te plaatsen ten behoeve van strafrechtelijk onderzoek (de eerste inbreuk op het privéleven), wil nog niet zeggen dat daarmee het verstrekken van die informatie aan bestuursorganen voor bestuursrechtelijk onderzoek gerechtvaardigd is (de tweede inbreuk op het privéleven).

De Haagse voorzieningenrechter acht de verstrekking van de telefoontaps conform de bevoegdheid van art. 39f Wjsg. Vervolgens is het de vraag of aan de criteria van art. 8 lid 2 EVRM is voldaan om te bepalen of die tweede inbreuk is gerechtvaardigd.

Het toetsingskader van art. 8 lid 2 EVRM kent vele stappen en tussenstappen.

Allereerst dient de inmenging in het privéleven bij wet te zijn voorzien; daarbij dient (i) er een wettelijke grondslag te zijn; (ii) die toegankelijk is (en dus niet in geheime/niet-gepubliceerde documenten is opgenomen, zoals interne richtlijnen); (iii) de inbreuk voorzienbaar te zijn en moet duidelijk zijn in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de overheid inbreuk mag maken; en (iv) dient er ook (de procedurele mogelijkheid tot) onafhankelijke rechtelijke toetsing te bestaan.

Ten tweede dient de inmenging in het privéleven een legitiem doel te hebben; deze zijn limitatief opgesomd in art. 8 lid 2 EVRM: "nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en

1 Arrest van Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 16 april 2002 in zaak *Société Colas Est e.a. vs Frankrijk*, 37971/97 (Sect. 2), RJD 2002-III, NJ 2003/452.

2 EHRM 6 september 1978, *Klass e.a. vs Duitsland*, Series A nr. 28.

3 EHRM 26 maart 1987, *Leander vs Zweden*, Series A nr. 116, NJCM Bulletin 1988, p. 148.

vrijheden van anderen”.

Ten derde dient de inmenging “noodzakelijk [te zijn] in een democratische samenleving”; daarbij moet sprake zijn van (i) een dringende maatschappelijke behoefte en (ii) dient de inmenging te voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.⁴

De Haagse voorzieningenrechter gaat bij de toetsing of er sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk op het privéleven alleen in op het criterium of er een (formeel) wettelijke grondslag is (criterium I.1; zie r.ov. 4.9). Op de overige cumulatieve criteria gaat hij niet in, terwijl dit wel nodig was geweest om te mogen concluderen dat de inbreuk op het privéleven gerechtvaardigd was. Dat levert mijn inziens al een onvoldoende gemotiveerd vonnis op.

Het wat mij betreft meest in het oog springende criterium is de vraag of Janssen de Jong had kunnen voorzien dat het OM de telefoontaps aan de NMa ter beschikking zou stellen. Gevoelsmatig is het immers bevreemdend dat de NMa, die zelf geen bevoegdheid tot het tappen van telefoons heeft, toch kan beschikken over telefoontaps waaruit prijsafspraken blijken. Hierna zal ik dan ook alleen ingaan op de vraag of aan het voorzienbaarheidsvereiste is voldaan. De overige criteria van art. 8 lid 2 EVRM laat ook ik onbesproken.

Voordat ik aan die meer gedetailleerde analyse toekom, is het de vraag of het erg is dat de NMa informatie verkrijgt door middel van opsporingsbevoegdheden van andere toezichthoudende (bestuurs)organen op grond van opsporingsbevoegdheden die zij zelf niet heeft. Men zou kunnen stellen dat het de efficiëntie van het toezicht ten goede komt. Zo geeft het informatie-uitwisselingsconvenant tussen OM en NMa aan dat daarmee “een bijdrage [wordt] geleverd aan de doelmatigheid en doeltreffendheid van deze onderzoeken”.⁵ Aan de andere kant hebben verschillende toezichthouders verschillende onderzoeksbevoegdheden en zijn daar spelregels voor afgesproken, zodat het voor eenieder voorzienbaar is wanneer en onder welke voorwaarden de overheid zich met zijn privéleven mag inmengen. Die spelregels worden vereist door art. 8 lid 2 EVRM. De eerbiediging van het privéleven is een grondrecht. De bescherming van dat recht lijkt mij zwaarder te wegen dan dat een onvoorziene inbreuk (hoe klein ook) bijdraagt aan een efficiëntere opsporing. Dan hadden de opsporingsbevoegdheden en informatie-uitwisseling maar beter geregeld moeten en dus voorzienbaar kunnen zijn.

Vereiste van voorzienbaarheid

De Haagse voorzieningenrechter concludeert dat de mogelijkheid tot het verstrekken van de informatie aan de NMa formeel bij wet voorzien is. Het is juist dat de letter van art. 39f Wjsg het OM die bevoegdheid geeft. De vraag is alleen of daarmee aan het criterium ‘bij wet voorzien’ van art. 8 lid 2 EVRM is voldaan.

De rechtspraak van het EHRM vereist niet alleen dat er een wettelijke basis in het nationale recht is, maar dat die ‘wet’ ook kwaliteit van voorzienbaarheid heeft. Die voorzienbaarheid valt uiteen in twee delen:⁶ (i) de toegankelijkheid van het recht

(het mogen geen geheime instructies/richtlijnen zijn op basis waarvan de inbreuk wordt gemaakt)⁷ en (ii) de voorzienbaarheid van de inbreuk. Volgens het EHRM hoeft de voorzienbaarheid niet alleen uit de wettekst zelf te blijken, maar mag dat ook blijken uit de wetsgeschiedenis,⁸ uit administratieve instructies,⁹ of uit rechtspraak.¹⁰ Tot slot dient ‘voorzien bij wet’ ook te voldoen aan de eisen die daarin een rechtsstaat worden gesteld (de rule of law), waarbij ‘voorzien bij wet’ ook (de procedurele mogelijkheid tot) onafhankelijke rechtelijke toetsing inhoudt.¹¹

Voorzienbaarheid voorkomt willekeur bij het gebruik van de discretionaire (opsporings)bevoegdheid van de opsporingsdienst, omdat de voorzienbaarheid die bevoegdheid normeert¹² door enerzijds met precisie de voorwaarden van bevoegdheid te bepalen¹³ en anderzijds op grond van de rule of law te voorzien in rechtelijke controle op de uitoefening van die bevoegdheid.¹⁴

Het voorzienbaarheids criterium wordt vereist door de rechtszekerheid, waarbij de justitiabele in kwestie de inbreuk op zijn privéleven had moeten kunnen voorzien. Daarbij dient volgens het EHRM voldoende precies te worden uitgewerkt wanneer en hoe deze bevoegdheid mag worden gebruikt.¹⁵ De mate van precisie is volgens het EHRM afhankelijk van drie elementen.¹⁶

Ten eerste is de mate waarin precisie wordt vereist door het EHRM afhankelijk van het instrument dat wordt ingezet en de daarmee gepaard gaande ernst/zwaarte van de inbreuk op het privéleven.¹⁷ Zo moeten bijvoorbeeld de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder het in het geheim plaatsen van telefoontaps is toegestaan volgens het EHRM heel precies worden beschreven,¹⁸ terwijl minder vergaande inmenging in het privéleven zoals het opragen van telefoongegevens (zonder dat het daarbij om de inhoud van de gesprekken gaat) bij telefoonproviders minder vergaand is en mag de regelgeving daaromtrent minder gedetailleerd zijn om te voldoen aan

7 EHRM 12 mei 2000, Khan vs VK, 35394/97 (Sect. 3), RJD 2000-V, NJ 2002/180.

8 EHRM 24 maart 1988, Olsson I, Series A nr. 130, NJCM-Bulletin 1988, p. 362, r.o. 62; de Hoge Raad paste de voorzienbaarheidstoets van art. 8 EVRM toe door mede naar de wetsgeschiedenis van art. 126j Sv te verwijzen (HR 28 maart 2006, LJN: AU5471, NJ 2007/38).

9 EHRM 25 maart 1983, Silver, Series A nr. 61; G. Corstens, J. Pradel, Het Europese strafrecht, Deventer: Kluwer, 2003, p. 427.

10 EHRM 24 april 1990, Kruslin vs Frankrijk, Series A nr. 176-A en EHRM 24 april 1990, Hüvig vs Frankrijk, Series A nr. 176-B, NJ 1991/523.

11 EHRM 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg e.a. vs Zweden, 62332/00 (Sect. 2), RJD 2006-VII, European Human Rights Cases 2006/89, r.o. 76.

12 J.G.C. Schokkenbroek, Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens: een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak, Zwolle: Tjeenk Willink, 1996, p. 183.

13 EHRM 24 september 1992, Herczegfalvy, Series A nr. 244, NJ 1993/523, r.o. 91 en EHRM 17 februari 2004, Maestri vs Italië, 39748/98, RJD 2004-I, NJB 2004, p. 803, r.o. 30.

14 EHRM 8 juni 2006, Lupsa vs Roemenië, 10337/04 (Sect. 3), RJD 2006-VII, JV 2006/311, r.o. 38.

15 EHRM 26 april 1979, Sunday Times, r.o. 49.

16 EHRM 28 maart 1990 Groppera Radio AG e.a. vs Zwitserland, Series A nr. 173, NJ 1991/739, r.o. 68.

17 EHRM 24 april 1990, Kruslin, r.o. 33 en Hüvig, r.o. 32 en G. Knigge, N.J.M. Kuakman, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, in: M. S. Groenhuijsen, G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken: tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Gouda Quint, 2001, p. 125-242.

18 Zie nader: T. Prakken, ‘De arresten Kruslin en Hüvig van het EHRM: Gevolgen voor het telefoontappen in Nederland’, NJB 1991, p. 731-739 en P. Blontrock, P. de Hert, ‘Telefoontap: Tournet, Peureux, Hüvig, Kruslin et les autres’, Rechtskundig Weekblad, 1991-1992, p. 865-871.

4 Zie nader: J. Vande Lanotte, Y. Haecq, Handboek EVRM, Intersentia, Antwerpen, 2005 p. 124 e.v.

5 Par. 4 van de considerans van het informatie-uitwisselingsconvenant tussen OM en NMa (Stcrt. 2003, 73).

6 EHRM 26 april 1979, Sunday Times, Series A nr. 30, NJ 1980/146, r.o. 49.

Rechtspraak

de vereiste mate van precisie.¹⁹

Ten tweede geeft het EHRM aan dat wat voldoende precies is om de vereiste rechtszekerheid te verschaffen mede afhankelijk is van het rechtsgebied. Zo oordeelde het EHRM ten aanzien van de vereiste rechtszekerheid in bijvoorbeeld het mededingingsrecht dat “frequently laws are framed in a manner that is not absolutely precise. This is so in spheres such as that of competition, in which the situation is constantly changing in accordance with developments in the market and in the field of communication. The interpretation and application of such legislation are inevitably questions of practice”.²⁰ Een open of algemene norm is in beginsel dus niet verboden.²¹ Het EHRM gaf zelfs aan dat “[i]t would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality.”²² De voorzienbaarheid vereist dan ook niet dat alle consequenties van de toepassing/uitvoering van de norm met absolute zekerheid kunnen worden voorzien, omdat dat zou leiden tot excessieve rigiditeit van de wet en veelal geldt dat niet alle gevallen van te voren kunnen worden gedefinieerd.²³ Wel vereist de rechtszekerheid dat de norm ondubbelzinnig is.²⁴

Ten derde verwacht het EHRM meer van professionele adressaten (die worden geacht zich te laten informeren door juristen), dan van de ‘gewone man’.

Desalniettemin houdt voorzienbaarheid in dat de wet een voldoende indicatie bevat van de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de overheid tot inmenging in het privéleven mag overgaan.²⁵

Was doorgifte aan de NMa voorzienbaar?

De wat mij betreft meest pregnante vraag die de kortgedingrechter in dit geschil had moeten beantwoorden is of Janssen de Jong op grond van art. 39f Wjgs had kunnen voorzien dat het OM de telefoontaps aan de NMa zou verstrekken. Het cruciale punt daarbij is hoe precies de regeling moet zijn teneinde de vereiste mate van voorzienbaarheid te creëren.

Als we naar de bovenstaande drie criteria van precisie kijken, dan moeten we constateren dat Janssen de Jong een bedrijf is, waarvan waarschijnlijk meer mag worden verwacht dan van de ‘gewone man’; alhoewel de regeling overigens zonder onderscheid op eenieder van toepassing is. Ten tweede is het instrument dat is ingezet, te weten het ter beschikking stellen van de taps aan de NMa, minder zwaar dan het aftappen van telefoons zelf en dus hoeft dat niet volledig en detail te worden geregeld. Ten derde is de vraag of, en zo ja, in hoeverre er sprake is van een open norm en of een open norm is vereist om onnodige rigiditeit van de norm te voorkomen (terwijl de voorzienbaarheid daarmee afneemt). Op dat laatste punt twijfel ik.

De tekst van art. 39f lid 1 Wjsg verleent het College van PG (lees: OM) de bevoegdheid strafvorderlijke gegevens aan derden te verstrekken wanneer dat (i) “noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang” en (ii) slechts ten behoeve van “(...) c. het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving, [en/of] d. het nemen van een bestuursrechtelijke beslissing”. Het OM kan dus niet aan iedere derde informatie ter beschikking stellen, maar het betreft wel een ruim geformuleerde groep van met name bestuursorganen. Op dat punt kan men dus spreken van een open norm. In deze zaak is er overigens wel is er voldaan aan deze eis van art. 39f lid 1 Wjsg. De NMa houdt immers toezicht op het naleven van regelgeving (de Mw) en dat kan leiden tot een bestuursrechtelijke beslissing (bijvoorbeeld een boetebeschikking). Evenwel kan het OM op grond van art. 39f lid 1 Wjsg pas informatie ter beschikking stellen, wanneer er een ‘zwaarwegend belang’ is. Wat dat is, volgt niet uit de wetbepaling. Volgens het EHRM mag de voorzienbaarheid, zoals gezegd, ook blijken uit de wetsgeschiedenis of uit instructies.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat ten behoeve van opsporing van inbreuken op de Mw ook informatie mag worden doorgegeven aan de NMa. Het enige dat de (door de voorzieningenrechter aangehaalde) wetsgeschiedenis lijkt te doen is het ‘zwaarwegend belang’ van art. 39f lid 1 Wjsg te koppelen aan art. 8 lid 2 EVRM. Aldus wordt ‘zwaarwegend belang’ gelijkgesteld met de reeds genoemde ruime legitieme doelstellingen, waaronder het economisch welzijn van het land. De voorzieningenrechter concludeert dat een inbreuk op het kartelverbod het economisch welzijn van Nederland kan aantasten. Daarmee zou volgens de Voorzieningenrechter dan informatie-uitwisseling met de NMa te voorzien zijn geweest. Het feit dat art. 6 lid 1 Mw onder dit ruime legitieme doel valt, toont mijns inziens aan dat er ook ten aanzien van dit vereiste sprake is van een ‘open norm’.

Wellicht dat een administratieve instructie de open norm nog nader preciseert teneinde de benodigde voorzienbaarheid te geven. De NMa heeft met het OM een convenant gesloten omtrent informatie-uitwisseling.²⁶ Het convenant is gepubliceerd, dus daarmee toegankelijk. Het convenant “beoog[t] dat het OM en de NMa elkaar, voorzover rechtens toegestaan, desgevraagd informatie verschaffen die bijdraagt aan het welslagen van hun respectievelijke taakuitoefening in dezen”.²⁷ Het convenant betreft alleen de bouwsector en is gesloten naar aanleiding van “de door de heer A.M. Bos op 13 november 2001 aan de Minister van Justitie overgedragen schaduwadministratie van het bedrijf Koop-Tjuchem en andere onderzoeken naar overtredingen in de bouwsector die worden uitgevoerd door het Landelijk Parket van het OM en de NMa”.²⁸ Hieruit lijkt mij de eerste gevolgtrekking dat als verdachte onderneming niet in de bouwsector actief was geweest zij in ieder geval niet had behoeven voorzien dat er informatie-uitwisseling zou plaatsvinden tussen OM en NMa. Janssen de Jong is actief in de bouwsector, dus voor haar gaat dit argument niet op. Of (het voorzienbaar is dat) dat convenant anno 2009 nog steeds en meer specifiek ten aanzien van Janssen de Jong van toepassing is, is wel nog de vraag. De meeste zaken naar aanleiding van de zogenaamde Bosboekhouding

19 EHRM 25 september 2001, P.G. en J.H. vs VK, 44787/98 (Sect. 3), RJD 2001-IX, NJ 2003/670, r.o. 47.

20 EHRM 20 november 1989, Markt Intern Verlag GmbH en Klaus Beermann vs Duitsland, Series A nr. 165, NJ 1991/738, r.o. 30.

21 Zie ook: EHRM 25 maart 1985, Barthold vs Duitsland, Series A nr. 90, NJ 1987/900, r.o. 47 en 48 en EHRM 25 februari 1997, Z. vs Finland, RJD 1997-I, fasc. 31, NJ 1999/516, r.o. 72 en 73.

22 EHRM 24 maart 1988, Olsson I, r.o. 62.

23 EHRM 23 september 1998, McLeod, RJD 1998-VII, fasc. 91, r.o. 41 en EHRM 8 juni 2006, Lupsa vs Roemenië, r.o. 37.

24 EHRM 2 augustus 2001, N.F. vs Italië, 37119/97 (Sect. 2), RJD 2001-IX en EHRM 17 februari 2004, Maestri vs Italië, r.o. 41 en 42.

25 EHRM 2 augustus 1984, Malone vs VK, Series A nr. 82, NJ 1988/534, r.o. 66; zie nader: H.G.M. Krabbe, ‘De eerbiediging van het privéleven’, in: A.E. Harteveld (red.), Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht, Deventer: Kluwer, 2004, p.137-185.

26 Art. I lid 1 van het convenant met het OM (Stcrt. 2003, 73).

27 Par. 6 van de considerans en art. I lid 4 sub a van het convenant.

28 Par. 4 van de considerans van het convenant.

zijn immers reeds afgesloten en er mag worden aangenomen dat het onderzoek naar Janssen de Jong niet voortvloeit uit de Bosboekhouding, maar juist voortvloeit uit het onderzoek dat het OM is gestart naar corrupte/omgekochte ambtenaren in Limburg. Uit het kortgedingvonnis wordt evenwel niet duidelijk of de taps op grond van het convenant aan de NMa zijn verstrekt. Er zijn wel aanwijzingen dat de NMa en OM (nog) conform het convenant handelen. Art. II van het convenant regelt de afstemming van opsporings- en onderzoekshandelingen. Van die afstemming bij de het onderzoek lijkt hier sprake te zijn geweest, aangezien de NMa en de Rijksrecherche beide op 27 januari 2009 doorzoekingen hebben verricht bij Janssen de Jong en de NMa, in overleg met de Rijksrecherche, een bedrijfsbezoek heeft afgelegd bij het kantoor van Janssen de Jong Infra te Meerssen. Dat zou een aanwijzing kunnen zijn dat het convenant (nog steeds) van toepassing is.

Ten aanzien van de vraag of hiermee aan het voorzienbaarheidsvereiste is voldaan, kan het volgende worden geconcludeerd. De instructie maakt duidelijk dat de NMa en het OM informatie uitwisselen omtrent onderzoeken die zij naar aanleiding van de Bosboekhouding verrichten in de bouwsector. De instructie lijkt daarmee de benodigde voorzienbaarheid te bieden. Dat leidt mijns inziens overigens wel tot de conclusie dat het niet voorzienbaar is dat er informatie wordt uitgewisseld (i) over verdachte ondernemingen buiten de bouwsector en (ii) verdachte ondernemingen in de bouwsector die in beeld zijn gekomen buiten de Bosboekhouding om. Om de laatste reden was het mijns inziens voor Janssen de Jong niet voorzienbaar dat informatie omtrent haar werd verstrekt door het OM aan de NMa.

Als we deze instructie negeren, is er, zoals geconcludeerd, sprake van een open norm. Een open norm is volgens het EHRM immers geoorloofd wanneer die noodzakelijk is om onnodige rigiditeit te voorkomen. Met andere woorden, had de norm niet wat minder open en meer voorzienbaar kunnen zijn, zonder de wet daarmee onnodig rigide te maken?

Wellicht is het goed naar informatie-uitwisselingsregelingen bij andere toezichthouders te kijken. Ambtenaren van de Belastingdienst en de FIOD/ECD – bij de uitvoering van hun controlebevoegdheden ten aanzien van belastingen – zijn op grond van art. 67 lid 1 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) tot geheimhouding verplicht. Lid 2 van die bepaling geeft aan dat via ministeriële regeling geregeld kan worden in welke gevallen de geheimhouding mag worden geschonden. In 1987 oordeelde het Hof Amsterdam over die regeling en de mogelijkheid de geheimhoudingsplicht te schenden. Ambtenaren van de Rijksaccountantsdienst waren tijdens een (regulier) boekenonderzoek bij een notaris op overtredingen van de Wet op het Notarisambt gestuit. Die informatie was doorgegeven aan de Kamer van Toezicht die daarop tegen de desbetreffende notaris een procedure tot afzetting was begonnen. Het hof oordeelde dat een ambtenaar van de Belastingdienst zijn geheimhoudingsplicht mocht schenden op basis van die regeling, omdat door het geven van informatie “aan het algemeen belang de voorrang [werd] gegeven boven het belang van de [betrokken persoon] bij geheimhouding”.²⁹ Die toets lijkt mij min of meer vergelijkbaar met de overwegingen van de Voorzieningenrechter te Den Haag, alhoewel die gebonden was aan de limitatief opgesomde gronden van

algemeen belang van art. 8 lid 2 EVRM. De regeling ten aanzien van art. 67 lid 2 AWR is echter gewijzigd. In de meest recente regeling wordt de NMa namelijk expliciet genoemd als bestuursorgaan aan wie informatie mag worden verstrekt.³⁰ Dat is een manier om de open norm meer voorzienbaar te maken.³¹

Ten aanzien van het verstrekken van persoonsgegevens uit de Gemeentelijke Basisadministratie (GBA) aan derden concludeerde Van Casteren het volgende naar aanleiding van het voorzienbaarheidsvereiste. “Dat betekent dat in de regeling voldoende nauwkeurig moet zijn beschreven in welke gevallen, onder welke voorwaarden, van welke ingeschrevenen aan welke ‘vrije’ derden, welke gegevens uit de GBA worden verstrekt. Deze voorwaarde stelt nogal wat eisen aan de precisie waarmee de ‘vrije’ derden worden aangeduid en vraagt om een voldoende nauwkeurige opsomming daarvan voor zover het niet te protocolleren gegevensverstrekkingen betreft. Des te nauwkeuriger de opsomming is, des te meer voorzienbaar de gegevensverstrekking.”³²

Nu staat in art. 39f lid 1 Wjsg dat informatie slechts ten behoeve van “(...) c. het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving, [en/of] d. het nemen van een bestuursrechtelijke beslissing” mag worden verstrekt. Het opsommen van derden (zoals de NMa) aan wie gegevens mogen worden verstrekt, zou de voorzienbaarheid aanzienlijk verhogen, net als dat ten aanzien van art. 67 AWR voor de Belastingdienst en de FIOD/ECD is gebeurd. Door dat in een ministeriële regeling neer te leggen, wordt voorkomen dat er onnodige rigiditeit ontstaat; die is immers makkelijker te wijzigen dan een formele wet. Eventueel zou daar tegenin kunnen worden gebracht dat het niet van te voren duidelijk is welke informatie het OM gaat tegenkomen in haar telefoontaps. Dat kan uiteenlopen van overtredingen van allerhande bestuursrechtelijke gehandhaafde regelgeving, waarbij een eventuele lijst met bestuursorganen onmetelijk lang zou worden.

Desalniettemin neig ik ernaar te concluderen dat de tekst en wetsgeschiedenis van art. 39f Wjsg een onnodige open norm opleveren, daarmee niet voldoende precies zijn, het OM een zeer ruime discretionaire bevoegdheid opleveren, het individu niet beschermen tegen willekeur en dan ook niet de benodigde voorzienbaarheid bieden om een inmenging in het privéleven te rechtvaardigen.

Daartegenover staat dat het in deze zaak ‘slechts’ een verwerking van persoonsgegevens betreft en niet de in het geheim geplaatste telefoontaps zelf; de ernst van de inmenging in het privéleven is dus minder groot. Volgens De Hert zou de wetgeving daaromtrent minder exhaustief behoeven te zijn en is het aan de gegevensverwerker (in dit geval het OM) om zelf “beslissingen te nemen over (...) de toegangsgerechtigden” (in dit geval de NMa).³³

30 Art. 43c lid 1 onder p van de Uitvoeringsregeling AWR 1994 (Besluit van 14 juni 1994, Stcrt. 1994, 114) zoals laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 20 december 2007 (Stcrt. 2007, 251); zie ook VN 2008/4.3).

31 Zie ten aanzien van informatie-uitwisseling met andere toezichthouders als OPTA en NZa nader: W.W. Geursen, ‘Pas op voor de hond! Maar ook voor andere waakhonden - FIOD/ECD tipt NMa’, AM 2008, p. 3.

32 J.P.M. van Casteren, ‘BEVOLKINGSGEGEVENS: WIE MAG ZE HEBBEN? verstreking van gegevens uit de GBA aan vrije derden’, Achtergrondstudies en Verkenningen 2, Registratiekamer (voorganger van het CBP), januari 1995, p. 15.

33 Zie nader: P. de Hert, ‘Het Europees Hof Rechten van de Mens erkent publieke privacy. De legaliteitseis en het politieel optreden in het licht van artikel 8 EVRM’, Nieuw Juridisch Weekblad 2002, Vol. 1/4, 9 oktober 2002, 116-122.

29 Hof Amsterdam 27 november 1986, NJ 1987/735.

Rechtspraak

Wat hier ook van zij, in ieder geval geldt dat als de mogelijkheid tot doorgifte (formeel) in een wet is vastgelegd dit niet voldoende is om een inbreuk op art. 8 EVRM te rechtvaardigen. Het is de vraag of de Wjsg voldoende precies is, zodat het voor Janssen de Jong op grond van art. 39f Wjgs niet voorzienbaar was dat het OM de telefoontaps aan de NMa zou verstrekken. Het informatie-uitwisselingsconvenant tussen OM en NMa

lijkt er op te wijzen dat Janssen de Jong juist niet behoefde te voorzien dat er informatie over haar zou worden uitgewisseld.

WG³⁴

³⁴ Met dank aan prof. mr. M.J. Borgers en dr. H.R. Kranenburg voor hun kritische blik en nuttige commentaar op deze annotatie. De door de auteur ingenomen standpunten blijven vanzelfsprekend voor zijn rekening.